

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή - Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και
Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 15-1-2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 52/16-1-2019 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....»

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση κατά το προσβαλλόμενο μέρος της με αρ.πρωτ. διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης «.....», για την κάλυψη των αναγκών της αναθέτουσας αρχής.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την προαναφερθείσα με αρ. διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διεθνές διαγωνισμό, για την ανάθεση της ως άνω σύμβασης, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, με CPV....., συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 1.451.612,90€, πλέον

Αριθμός απόφασης: Α26/2019

του αναλογούντος ΦΠΑ, διάρκειας τριών (3) ετών. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών έχει ορισθεί η 28-1-2019 και ώρα 14.00. Η διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 20-12-2018 με αριθμό αναφοράς, δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 21-12-2018 με ΑΔΑΜκαι αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την ίδια ημέρα με α/α

3. Επειδή, αναλυτικότερα με την ως άνω προσφυγή ο προσφεύγων ζητά να ακυρωθούν ο όρος 2.2.5. (περ. γ) της διακήρυξης όσον αφορά την πιστοληπτική ικανότητα, καθώς και ο όρος 2.2.6. αυτής σχετικώς με τη ζητούμενη σύμβαση με τον, τη ζητούμενη άδεια Συλλογής και Μεταφοράς Στερεών μη επικίνδυνων αποβλήτων και τον αναγκαίως ζητούμενο απορριμματοφόρο για την κάλυψη των έκτακτων αναγκών αντίστοιχα, επικαλούμενος τα εξής: Επί πολλά έτη ο συγκεκριμένος διαγωνισμός για τις ίδιες υπηρεσίες (με συν πλην 2-3 άτομα) απαιτούσε συγκεκριμένες τεχνικοοικονομικές προδιαγραφές, εντούτοις αιφνιδίως ο όρος 2.2.5 (περ. γ) απαιτεί πιστοληπτική ικανότητα 1.161.300 ευρώ (δηλ. το 80% του προϋπολογισμού για τα 3 έτη) έναντι 500.000 ευρώ (στις παλαιότερες διακηρύξεις) και το κυριότερο σύμφωνα με τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης «*Για την ομαλή εργασία αποκομιδής και απόρριψης των απορριμμάτων σε περιπτώσεις έκτακτων αναγκών (απεργία συνεργείων δήμων κτλ.), όπου η αποκομιδή των απορριμμάτων δεν θα πραγματοποιείται από τον Δήμο και θα εκτελείται από μισθωμένο ή ιδιόκτητο απορριμματοφόρο όχημα του αναδόχου, θα πρέπει οι οικονομικοί φορείς :η) να διαθέτουν σε ισχύ σύμβαση με, θ) να διαθέτουν σε ισχύ Άδεια Συλλογής και Μεταφοράς Στερεών μη επικίνδυνων αποβλήτων της, κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών*». Ως προς την πιστοληπτική ικανότητα, το ζητούμενο ποσό (πιστοληπτικής ικανότητας) είναι, κατά τον προσφεύγοντα, υπερβολικά υψηλό σε σχέση με τον ετήσιο προϋπολογισμό του έργου, ήτοι 600 (με φπα) κατ' έτος, Ακόμη όμως και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι το έργο συνιστά ενιαίο σύνολο και για τα 3 έτη η υποχρέωση διάθεσης πιστοληπτικής ικανότητας 1.161.300 ευρώ είναι υπερβολική για το συγκεκριμένο έργο αφ' ενός συγκριτικά με τις ομοίου προϋπολογισμού διακηρύξεις του παρελθόντος για την ίδια αναθέτουσα αρχή με αντιστοίχως ζητούμενη πιστοληπτική ικανότητα 500.000 ευρώ και αφ' ετέρου με 4πλάσιου όγκου μεγαλύτερα έργα, όπως του

Αριθμός απόφασης: Α26/2019

....., όπου για έργο καθαριότητα με αναγκαία 235 άτομα και προϋπολογισμό 7.193.049,54€ (με φπα) ζητείται πιστοληπτική ικανότητα 1.200.000 ευρώ (διακήρυξη 404/2017). Όσον αφορά το δεύτερο προσβαλλόμενο υπ' αρ. 2.2.6 όρο της διακήρυξης σχετικά με τη ζητούμενη σύμβαση με τον, τη ζητούμενη άδεια Συλλογής και Μεταφοράς Στερεών μη επικίνδυνων αποβλήτων και τον αναγκαίως ζητούμενο απορριμματοφόρο για την κάλυψη των έκτακτων αναγκών, ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι οι παραπάνω τεχνικές ικανότητες που ζητούνται από υποψήφια προσφέρουσα εταιρία που δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της καθαριότητας είναι άσχετες και απολύτως μη συναφείς με το αντικείμενο της προκήρυξης. Ουδεμία εταιρία καθαριότητας διαθέτει τα παραπάνω ζητούμενα, εφόσον στην πραγματικότητα τα ανωτέρω υποκρύπτουν άλλου είδους εργολαβία, αυτή της αποκομιδής απορριμμάτων. Τούτο είναι σαφές και πρόδηλο, κατά τον προσφεύγοντα, εκ του ότι το ίδιο το συνομολογεί ότι τα παραπάνω εξαιρετικώς ζητούμενα αφορούν εξυπηρέτηση έκτακτων αναγκών και όχι τη συνήθη εργολαβία καθαριότητας που θα εκτελείται καθ' όλο το χρόνο. Με άλλες λέξεις για λόγους που αφορούν εκτέλεση έκτακτων αναγκών επιβάλλονται ειδικές προϋποθέσεις συμμετοχής που δεν αφορούν στη συνήθη εκτέλεση του έργου, με αποτέλεσμα να περιορίζεται υπερβολικά και δυσανάλογα ο ανταγωνισμός, ως προβάλλει ο προσφεύγων. Επιπλέον, κατ' αυτόν τον τρόπο, δοθέντος ότι καμία εταιρία καθαριότητας δεν διαθέτει τις συγκεκριμένες άδειες και μάλιστα μέχρι την καταληκτική προθεσμία υποβολής (και όχι έστω σε μεταγενέστερο χρόνο) απαγορεύεται η συμμετοχή σε εταιρίες, όπως του προσφεύγοντος, που θα μπορούσε, ως υποστηρίζει, να εκδώσει τις άδειες αυτές σε μεταγενέστερο χρόνο, ενώ και του επιβάλλεται να συμπράξει με τις ελάχιστες εταιρίες αποκομιδής απορριμμάτων, προκειμένου να δανειστεί την εξ αυτών υπάρχουσα τεχνική ικανότητά τους, ώστε να συμμετάσχει στο διαγωνισμό, γεγονός που περιορίζει υπερβολικά και χωρίς αποχρώντα λόγο δημοσίου συμφέροντος, την επιχειρηματική ελευθερία του. Συνεπώς, όλα τα σχετικώς επί ποινή αποκλεισμού ζητούμενα για την κάλυψη των έκτακτων αναγκών, άδεια, σύμβαση και απορριμματοφόρο, ως αναγκαία τυπικά προσόντα περιορίζουν ολοσχερώς την ικανότητά του να συμμετάσχει αυτοτελώς είτε με άλλη εταιρία του κλάδου του ως ένωση εταιριών και θέτει

Αριθμός απόφασης: Α26/2019

ανυπέρβλητο εμπόδιο σε αυτόν και στη συμμετοχή του, εφόσον δεν διαθέτει τις ζητούμενες άδειες και ουδείς εκ των ελαχίστων που διαθέτουν τα ανωτέρω ζητούμενα επιθυμεί να του δανείσει τη δική του τεχνική ικανότητα, ως υποστηρίζει ο προσφεύγων. Κατ' αποτέλεσμα, επί τη βάσει τεχνικών ικανοτήτων απολύτως ασυναφών με το αντικείμενο της προκήρυξης περιορίζεται το δικαίωμα συμμετοχής του και πλήττεται η ελευθερία του ανταγωνισμού ως αρχή του ενωσιακού δικαίου, περιοριζόμενης μάλιστα της δυνατότητας του υποψηφίου προσφέροντος εντός της, εφόσον θα πρέπει ο υποψήφιος να είχε προνοήσει εκ των προτέρων να έχει ενεργή σύμβαση με τον Κατ' αυτόν τον τρόπο δεν μπορεί να συμμετάσχει ούτε μόνο του ούτε σε σύμπραξη με άλλες εταιρίες του κλάδου από Αθήνα ή το εξωτερικό, εφόσον αυτές δεν είχαν προνοήσει να έχουν ενεργή σύμβαση με τον, καθόσον δεν δραστηριοποιούνταν στον συγκεκριμένο γεωγραφικό χώρο. Εξάλλου οι προς κάλυψη έκτακτες ανάγκες, αν και σπανίως θα προκύψουν, εντούτοις καθίστανται κριτήριο συμμετοχής εφόσον ο εκάστοτε προσφέρων δεν θα έχει την ικανότητα να τις καλύψει κατά τον τρόπο που επιζητεί η αναθέτουσα αρχή. Τα ζητούμενα ήτοι: α) σύμβαση με τον και β) άδεια Συλλογής και Μεταφοράς Στερεών μη επικίνδυνων αποβλήτων για την κάλυψη των έκτακτων αναγκών δεν ζητούνταν στις παλαιότερες διακηρύξεις της αναθέτουσας αρχής. Επίσης η επιχείρηση του προσφεύγοντα, όπως αυτός δηλώνει, είχε αναλάβει παλαιότερα το έργο της καθαριότητας του για δύομισι χρόνια και από την εμπειρία του αναφέρει ότι δεν χρειάστηκαν ποτέ τέτοιες έκτακτες ανάγκες. Επισημαίνεται ότι το που διενεργεί 4πλάσιας αξίας διαγωνισμό δεν θέτει τέτοιες προϋποθέσεις ως ελάχιστα τυπικά προσόντα, αλλά, όπως προκύπτει από τη συνημμένη διακήρυξή του βαθμολογεί υψηλότερα τις εταιρίες που με ίδια μέσα μπορούν να εξυπηρετήσουν πληρέστερα τις όλως έκτακτες ανάγκες που θα παρουσιαστούν σε αποκομιδή απορριμμάτων. Συνεπώς, οι ανωτέρω όροι της διακήρυξης είναι απολύτως παράνομοι κατά τον προσφεύγοντα και αιτείται την ακύρωσή τους.

Αριθμός απόφασης: Α26/2019

4. Επειδή, έως την ημέρα εξέτασης του αιτήματος του προσφεύγοντος, περί λήψης προσωρινών μέτρων, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε καταθέσει απόψεις περί αυτού.

5. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 7.258,10€, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του.

6. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την πλήρη, πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης πράξης από τον προσφεύγοντα, η οποία κατά δήλωσή του έλαβε χώρα την 6-1-2019.

7. Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως εταιρία δραστηροποιούμενη στο χώρο της καθαριότητας, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν της συγκεκριμένης σύμβασης, ο οποίος όμως, κατά τους ισχυρισμούς του, δεν μπορεί να συμμετάσχει είτε αυτοτελώς στον εν προκειμένω διαγωνισμό είτε σε σύμπραξη με άλλες εταιρίες του κλάδου, συνεπεία των προσβαλλομένων όρων της διακήρυξης. Επομένως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

8. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει της οικείας υπ' αρ.63/16-1-2019 Πράξης της Προέδρου του σε εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω προσφυγής.

9. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων και δη: α) εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, β) της διατύπωσης του όρου “κατάλληλα μέτρα”, όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την “καταλληλότητά” τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, γ) της

Αριθμός απόφασης: Α26/2019

παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες αφενός ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της “καταλληλότητας”, την επανόρθωση της εικαζόμενης παράβασης και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και αφετέρου αναφέρουν ότι τα “μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται” στην έννοια των “καταλλήλων μέτρων”, προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια προσωρινά μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων των προσφευγόντων, συμπεριλαμβανομένων, εξάλλου, των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή (αν η προσφυγή στρέφεται κατά όρων διακήρυξης, όπως εν προκειμένω), όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής.

10. Επομένως, όσον αφορά στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου ή της ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης της προσφεύγουσας, αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ’ εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ’ αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

11. Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι

Αριθμός απόφασης: Α26/2019

νομικής εκτίμησης ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία του προσφεύγοντος από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

12. Επειδή, αν τυχόν η προσφυγή ευδοκιμήσει και οι λόγοι της κριθούν ως νόμιμοι, εκτός του ότι η εκ της αιτίας αυτής μείωση του ανταγωνισμού θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμους όρους διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής - μετά από περαιτέρω πρόοδο της και προώθηση σε επόμενα στάδια - θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους λοιπούς συμμετέχοντες, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του σταδίου υποβολής προσφορών.

13. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της ως άνω υπ' αρ.63/2019 Πράξεως της Προέδρου 3ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 4-2-2019, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής για εύλογο χρόνο προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα ή τρίτους.

14. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την 24^η Φεβρουαρίου 2019, δια της επιβολής στην αναθέτουσα αρχή όπως παρατείνει τον χρόνο καταληκτικής υποβολής προσφορών τουλάχιστον έως και το πέρας της ανωτέρω ημέρας. Η παράταση αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε

Αριθμός απόφασης: Α26/2019

περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την ενδιάμεση και εντός του χρόνου της χορηγούμενης παρατάσεως, έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Διατάσσει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την 24^η Φεβρουαρίου 2019, δια της επιβολής στην αναθέτουσα αρχή όπως παρατείνει τον χρόνο καταληκτικής υποβολής προσφορών τουλάχιστον έως και το πέρας της ανωτέρω ημέρας, υπό την επιφύλαξη έκδοσης απόφασης επί της προσφυγής ενδιάμεσως, οπότε αίρεται αυτοδίκαια οποιοδήποτε προσωρινό μέτρο.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22-1-2019 και εκδόθηκε την ίδια ημέρα.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ ΚΟΥΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΪΔΟΥ